

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
GRADUAÇÃO

Maria Izadora Magalhães de Alencar Bezerra

O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE JURISDICIONAL

FORTALEZA  
2007

Maria Izadora Magalhães de Alencar Bezerra

O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE JURISDICIONAL

Monografia apresentada à Coordenação do Curso  
de Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará.

Orientador: Prof. Dimas Macedo.

FORTALEZA  
2007

MARIA IZADORA MAGALHÃES DE ALENCAR BEZERRA

O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE JURISDICIONAL

Esta monografia foi submetida à Coordenação do Curso de Direito, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará – UFC e encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida, desde que feita de acordo com as normas de ética científica.

Data da aprovação: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_

---

Prof. Dimas Macedo  
Prof. Orientador

---

Prof. William Paiva Marques Júnior  
Membro da Banca Examinadora

---

Patrícia Moreira Bessa  
Advogada  
Membro da Banca Examinadora

Para minha mãe Marta, uma mulher de fibra.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Marta e César, pelo seu infinito amor, pela força nos momentos difíceis, pela imensa compreensão e pelo esmero com que me educaram.

À minha amiga, Priscilla, pela paciência e generosidade ao revisar essa monografia.

Às minhas amigas, Larissa e Patrícia, pelo estímulo e apoio, sem os quais não teria concluído esse trabalho.

E aos demais que de alguma forma contribuíram na elaboração dessa monografia.

## RESUMO

O âmbito de atuação discricionária da Administração Pública encontra-se bastante diminuído devido à adoção dos princípios como parâmetros de controle da atuação administrativa, além da habitual submissão à legalidade. O administrador deve agir dentro dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas, as quais, segundo uma moderna concepção, englobam os princípios e as regras. A discricionariedade é fundamental para o equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais. Quanto maior a extensão da discricionariedade, mais risco correm as liberdades do cidadão. A doutrina e a jurisprudência desenvolveram inúmeros mecanismos jurídicos para limitar a atuação discricionária da Administração, destacam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. O controle dos atos administrativos discricionários inicialmente incidia apenas sobre o sujeito e a forma do ato. Esses limites evoluíram, uma vez que começaram a ser examinados os fins e, posteriormente, os fatos determinantes dos atos.

Palavras-chaves: discricionariedade, ato administrativo, princípios.

## ABSTRACT

The area of discretionary performance of the Public Administration is diminished sufficiently due to adoption of the principles as parameter of control of the administrative performance, beyond the habitual submission to the legality. The administrator must act inside of the limits established by the rules of law, which, according to a modern conception, include the principles and the rules. The discretionary is basic for the balance between the public prerogatives and the individual rights. How much bigger the extension of the discretionary, more risk can affect the freedom of the citizens. The doctrine and the jurisprudence had developed innumerable legal mechanisms to limit the discretionary performance of the Administration, among them the principles of the proportionality and the reasonably, the theory of the swerve of power and the theory of the determinative reasons. The control of the discretionary administrative acts initially happened only on the character and the form of the act. These limits had evolved, so that the aims and the determinative facts of the act started to be examined.

Key-words: discretionary, administrative act, principles.

## SUMÁRIO

### 1 INTRODUÇÃO, 8

### 2 O PODER DISCRICIONÁRIO, 11

2.1 Análise histórica da discricionariedade administrativa, 11

2.2 Definição, 13

2.3 Âmbito de aplicação da discricionariedade, 15

2.4 Conceitos jurídicos indeterminados, 17

2.5 Mérito administrativo, 20

### 3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS, 23

3.1 A Administração Pública, 23

3.2 Princípio da legalidade, 26

3.3 Princípio da impessoalidade, 27

3.4 Princípio da moralidade, 29

3.5 Princípio da publicidade, 33

3.6 Princípio da eficiência, 34

### 4 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, 37

4.1 Teoria do desvio de poder, 37

4.2 Teoria dos motivos determinantes, 39

4.3 A proporcionalidade e a razoabilidade, 42

### 5 CONCLUSÃO, 46

### REFERÊNCIAS, 48



## **1 INTRODUÇÃO**

A escolha do tema deve-se a sua enorme importância e ao alto grau de controvérsia doutrinária suscitada pela discricionariedade tanto no Direito Administrativo pátrio, quanto no estrangeiro.

No mundo globalizado do século XXI, caracterizado pela constante e intensa mutação das relações sociais, a Administração Pública tem de ter liberdade de ação para que consiga desempenhar suas funções com a máxima eficiência e agilidade. A normatização da conduta humana não tem alcançado o ritmo frenético da evolução dos fatos sociais, nesse contexto, a discricionariedade assume papel fundamental, permitindo a legislatura de normas abertas, capazes de conferir à Administração Pública uma maior margem de ação.

A discricionariedade administrativa, que no período do absolutismo monárquico tinha conteúdo puramente político, inapreciável pelo Poder Judiciário, assumiu no Estado de Direito uma feição jurídica, uma vez que passou a ser limitada pela lei. A discricionariedade hoje mantém o caráter jurídico, mas apresenta um novo conteúdo, alterado pelo novo papel desempenhado pelos princípios no ordenamento jurídico e compatível com o Estado de Direito Social e Democrático.

Exatamente por ser imprescindível à Administração pública no desempenho satisfatório de suas funções, a discricionariedade não pode ficar fora dos limites do controle judicial. A possibilidade de revisão de determinadas decisões administrativas pelo Poder Judiciário, portanto, é uma garantia de que o Poder Executivo não utilizará suas prerrogativas para lesar direitos coletivos ou individuais.

Frente ao constante uso abusivo e arbitrário da máquina estatal pelos administradores públicos em nosso país, o princípio da legalidade tornou-se insuficiente para controlar a atuação do poder Executivo, fazendo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade parâmetros para balizar os atos administrativos.

Em seu art.5º, XXXV, a Constituição Federal brasileira de 1988 determina que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; já em seu art.5º, LXIX, estabelece que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder Público. A lei de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art.1º) também segue a mesma diretriz ao permitir a concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. Depreende-se, portanto, do exame do ordenamento jurídico brasileiro, que nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial.

Diante do exposto, tendo em vista a grande atualidade do tema, bem como a posição de destaque que o mesmo vem ocupando, afigura-se bastante pertinente a sua abordagem neste trabalho, com destaque à caracterização e explanação das principais causas do controle jurisdicional dos atos administrativos, dentre elas a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de poder, a interpretação das noções legais imprecisas e as noções de razoabilidade e de proporcionalidade.

O trabalho tem como escopo geral a análise da viabilidade do controle jurisdicional sobre o Poder discricionário da Administração Pública.

Os objetivos específicos do trabalho são: analisar o surgimento e a evolução histórica do Poder discricionário, bem como os casos que ensejam o controle jurisdicional; abordar a importância da utilização dos princípios gerais do Direito e dos princípios constitucionais como forma de controle dos atos administrativos discricionários; identificar e analisar a legislação vigente no país acerca do tema, assim como a jurisprudência dominante.

O trabalho será desenvolvido com base, primordialmente, em ampla pesquisa teórica nos livros sobre Direito Administrativo e Direito Constitucional, bem como pela pesquisa em livros específicos acerca da matéria, objetivando a construção de pensamento crítico e coeso o qual possibilitará análise que demonstrará a relevância do tema nos nossos dias. Procederemos ainda à pesquisa na esparsa legislação sobre o tema, coadunando-a com a Carta Magna, e na jurisprudência, a fim de analisar o tratamento que os tribunais têm dispensado à matéria em análise.

A *Internet* e similares servirão para enriquecer subsidiariamente a pesquisa, principalmente no que concerne ao acompanhamento das notícias e reportagens na mídia e das decisões mais recentes sobre o fenômeno em foco.

## **2 O PODER DISCRICIONÁRIO**

### **2.1 Análise histórica da discricionariedade administrativa**

O surgimento do Estado de Direito inaugurou uma nova fase na história da Administração Pública, subjugando completamente a ação do Estado a um quadro normativo. Contrapôs-se ao Estado de Polícia, que adotava como forma de governo a monarquia absoluta e no qual a Administração Pública não estava vinculada a qualquer tipo de norma, senão as provenientes do próprio monarca.

O Estado de Direito tem seus alicerces construídos sobre os princípios da igualdade, da legalidade e da separação de poderes. O poder do Estado passou a ser justificado não mais como um direito divino, mas como a vontade geral dos indivíduos, é a idéia de soberania popular.

O Estado Liberal de Direito tinha como principais objetivos garantir a liberdade dos cidadãos e proteger a propriedade privada. O Estado interferia o mínimo possível na esfera privada, exatamente por isso o âmbito do Direito Administrativo era reduzido. Embora o princípio da legalidade fosse um dos cânones do Estado Liberal, ele era concebido de forma diversa de como é compreendido atualmente.

A Administração estava vinculada negativamente, em outras palavras, ela poderia fazer não só o que a lei expressamente permitisse como também tudo aquilo que a lei não impedisse. A Administração, portanto, poderia usar de sua discricionariedade em todas as áreas não reguladas por lei, atuando livremente nos espaços por ela deixados.

As noções de discricionariedade e de legalidade estão intimamente ligadas. Os limites daquela são traçados pelo maior ou menor alcance desta última. A dialética entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário determina o alcance do princípio da legalidade em um dado momento.

Após a 2ª Guerra Mundial, em reação ao ausente Estado Liberal, consolidou-se o Estado Social de Direito, o qual assumiu inúmeros encargos em busca do bem-estar da população e de justiça social, passando a atuar nos campos econômico e social. Paralelamente, o princípio da Legalidade revestiu-se de novos contornos, com a atividade estatal completamente adstrita à lei. A doutrina da vinculação negativa da Administração à lei foi substituída pela da vinculação positiva. A Administração nessa nova conjuntura só poderia fazer aquilo que a lei expressamente autorizasse.

A discricionariedade passou a ser compreendida como um poder limitado pela lei e dela dependente, um poder jurídico. Não poderia ser diferente, o silêncio da lei diante de um determinado assunto jamais implicaria em um campo livre para a atuação estatal, sem qualquer diretriz a ser observada.

A ineficácia do Estado Social na consecução do seu objetivo maior, a justiça social, colaborou para o advento do Estado Democrático de Direito, que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] abrange os dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito)” (DI PIETRO, 2001). Várias Constituições européias adotaram essa nova concepção de Estado, como a Constituição alemã de 1949, a espanhola de 1978, a portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988.

O princípio da legalidade agora está previsto expressamente no texto constitucional pátrio de 1988, obrigando a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a segui-lo (artigo 37 da Constituição Federal).

Uma vez pacífico o entendimento de que o Direito engloba tanto os princípios quanto as regras, é reconhecida a normatividade dos princípios e sua hegemonia em relação às regras. Conforme ensina o professor Paulo Bonavides (1997):

Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios (a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios as espécies.

A valorização da Constituição e a positivação dos princípios gerais de Direito tiveram como consequência a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade ou da constitucionalidade. Os atos administrativos, portanto, agora estão sujeitos não mais somente às regras, como também aos princípios. Como bem explica a professora Germana de Oliveira Moraes (2004), “[...] do direito ‘por regras’ ao direito ‘por princípios’, ocorre a substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública.”

## **2.2 Definição**

Para que a Administração Pública consiga desempenhar suas funções em serviço da coletividade com a máxima eficiência, o ordenamento jurídico concede-lhe determinadas prerrogativas frente aos particulares. Essas prerrogativas constituem os poderes administrativos, os quais, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (2004), “[...] são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”.

Entretanto enquanto os particulares podem fazer tudo o que não for proibido por lei, os agentes públicos, prepostos do Estado, têm sua atuação limitada àquilo expressamente permitido por lei. O princípio da legalidade surge como elemento fundamental para garantir o equilíbrio entre os poderes da Administração e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.

Dentre as várias formas como os poderes administrativos apresentam-se, implicando uma diversidade de modalidades, a de maior relevo é a que leva em consideração o grau de liberdade da Administração para a prática de seus atos. Seguindo esse critério os poderes administrativos classificam-se em poder vinculado e poder discricionário.

Embora todos os poderes sejam regulamentados pela lei, no poder vinculado essa regulamentação alcança todos os aspectos da atividade administrativa. A lei especifica

minuciosamente, segundo critérios absolutamente objetivos, todos os elementos do ato a ser praticado, não restando à Administração Pública a possibilidade de exercer qualquer apreciação subjetiva. Nesses casos, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, não lhe sobrando qualquer margem de liberdade de decisão.

A constante e intensa mutação das relações sociais torna o legislador incapaz de prever todas as situações possíveis que o administrador terá de enfrentar. O poder discricionário possibilita que a Administração Pública acompanhe o acelerado ritmo das transformações sociais. O poder discricionário, portanto, é o que o Direito concede à Administração para a prática de atos com certa margem de liberdade na eleição do seu conteúdo e de sua conveniência e oportunidade. A disciplina legal permite que o agente público escolha, diante do caso concreto, uma dentre várias opções possíveis, todas válidas perante o Direito.

Essa liberdade outorgada pela norma à Administração para optar dentre várias alternativas de conduta, não lhe é concedida para que faça o uso que bem entender dela. O legislador reconheceu que uma vez em maior contato com a variedade uniforme das situações da vida real, o administrador está em melhor posição para adotar a medida ideal em cada caso concreto.

Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, caso a Administração, no exercício de seu poder discricionário, ultrapasse os limites traçados pela lei, sua decisão passa a ser arbitrária, em outros termos, contrária ou excedente à lei. A discricionariedade também jamais pode ser concebida como um produto da negligência do legislador, entendimento o qual, juntamente à idéia de que se situa fora do campo de apreciação judicial, contribui para o seu repúdio.

Em rigor não existe ato administrativo completamente discricionário, já que em alguns aspectos, como a competência e a forma, a Administração está subordinada ao que a lei determina, assim como os atos vinculados. Vale ressaltar, no entanto, que há divergências na doutrina quanto à existência de discricionariedade na finalidade do ato administrativo. Em sentido amplo a finalidade do ato sempre corresponde ao interesse público que, por ser definido pela lei através de noções vagas e imprecisas (ordem pública, moral, segurança e

bem-estar), não permitiria deduzir quando tal fim é alcançado, por isso existiria discricionariedade na finalidade do ato administrativo.

O sistema jurídico brasileiro estabelece uma série de finalidades a serem alcançadas pela Administração para o bom funcionamento do Estado e a consecução do bem comum. A obrigação de perseguir essas finalidades tem o caráter de um dever, de uma função. O poder discricionário, por conseguinte, nada mais é do que o dever de alcançar a finalidade legal, uma vez que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006):

Não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever.

### **2.3 Âmbito de aplicação da discricionariedade**

A discricionariedade retira o seu fundamento da própria lei, esta é a razão de ser daquela. A margem de liberdade da qual goza a Administração é previamente delimitada pelo ordenamento jurídico. No entanto, diante da incapacidade do legislador de antever toda uma gama de relações sociais e descrever rigorosamente como o administrador deverá atuar frente a elas, a discricionariedade torna-se imprescindível para a consecução dos fins públicos.

Assim, existem casos em que o legislador não mencionará a situação de fato ou, ao fazê-lo, utilizará conceitos vagos e indeterminados, carentes de um sentido inequívoco. São exemplos desses conceitos fluidos expressões como: ordem pública, notável saber jurídico, situação urgente e moralidade pública.

Há ainda a possibilidade de o legislador, mesmo descrevendo a situação de fato segundo critérios precisos e estritamente objetivos, conferir ao administrador certa margem de liberdade. Nessa última hipótese, a liberdade de atuação pode traduzir-se na faculdade de praticar ou não determinado ato, de escolher o momento ideal para fazê-lo, de escolher entre alternativas igualmente válidas perante a lei ou de optar pela melhor forma para executá-lo.



Embora o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública seja extremamente vasto, convém lembrar que os atos administrativos nunca são totalmente discricionários, já que certos elementos de sua formação, dentre os quais o sujeito, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade, são sempre vinculados à lei. Os elementos que estão invariavelmente submetidos ao regramento normativo são: o sujeito e a forma.

O agente administrativo só poderá exercer as atribuições conferidas por lei. O sujeito a quem a norma se dirige, por conseguinte, é o detentor da competência para concretizar o preceito legal. Quanto à forma, também há vinculação do revestimento exterior do ato à lei. O formalismo é uma das características do ato administrativo, assumindo enorme importância quando estão em jogo direitos dos administrados. O ritual formalístico através do qual o ato exterioriza-se deve observar determinadas exigências estabelecidas em lei.

A doutrina é unânime no que tange à possibilidade de existência de discricionariedade no motivo, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2006), “[...] é a situação de fato por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração”. A discricionariedade incide sobre o motivo do ato administrativo quando não há indicação na lei do pressuposto de fato, ficando ao critério da Administração Pública, ou quando o legislador descreve o pressuposto de fato utilizando conceitos fluidos, noções vagas, vocábulos plurissignificativos.

Não obstante a controvérsia doutrinária acerca da conceituação do objeto ou conteúdo do ato administrativo, foram adotados, nesse estudo, os ensinamentos de José Cretella Júnior (1977), para quem o objeto “é o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato, seu conteúdo”. A discricionariedade encontra-se presente no objeto quando a norma jurídica confere ao agente administrativo mera faculdade de agir ou quando oferece mais de uma opção de como ele deve proceder.

Quanto à discricionariedade na finalidade do ato administrativo, a doutrina divide-se em duas correntes contrárias. A primeira afirma que a finalidade é sempre um elemento vinculado, uma vez que não existe ato administrativo sem um fim público ou desviado de sua finalidade específica. Filia-se a essa corrente Seabra Fagundes (1979), para quem “[...] a

atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador.”

A segunda corrente admite a existência de certa margem de liberdade na apreciação da finalidade do ato administrativo. O fim máximo da atuação administrativa é promover o bem comum e zelar pelo atendimento do interesse público. Contudo esses conceitos abstratos e plurissignificativos variam de acordo com o tempo e o espaço em que se situam. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) sintetiza com maestria o assunto:

A discricção administrativa pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a intelecção dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unissifnificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato.

A discricção, portanto, reside: na hipótese da norma, nos casos em que a ela não descreve o pressuposto fático ou então o descreve a partir de conceitos imprecisos, ou no comando da norma, nos casos em que o legislador oferece ao administrador opções alternativas de conduta e na finalidade da norma.

## **2.4 Conceitos jurídicos indeterminados**

A análise dos conceitos jurídicos indeterminados ganhou especial importância no Direito Administrativo porque está diretamente ligada à matéria da discricionarieidade administrativa.

O problema da interpretação dos conceitos contidos nas leis é enfrentado cotidianamente pelos profissionais da área jurídica, por isso é grande a sua relevância para o estudo da Ciência da Direito. A linguagem jurídica utiliza-se de termos originários da linguagem comum, logo a imprecisão e a contextualidade do significado das palavras empregadas no dia-dia alcançam também o texto legal.

A expressão conceitos jurídicos indeterminados designa expressões vocabulares utilizadas nas normas jurídicas que não possuem um significado único, preciso e objetivo. Esses conceitos vagos contrapõem-se aos conceitos determinados, que, para Eduardo García

de Enterría e Tomás-Ramon Fernández (1991), “[...] delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca [...]”. A principal diferença entre os conceitos indeterminados e os determinados consiste no grau de precisão com que descrevem a realidade.

A doutrina majoritária classifica os conceitos indeterminados em dois tipos distintos: conceitos de experiência e conceitos normativos.

Os conceitos normativos abrangem tanto os conceitos normativos em estrito senso quanto os conceitos de valor. Seria mais conveniente, no entanto, que os conceitos normativos fossem divididos em duas categorias distintas e autônomas. Dessa forma, os conceitos normativos englobariam apenas os conceitos normativos em sentido estrito e os conceitos de valor formariam outra espécie de conceitos indeterminados.

Os conceitos de experiência, também conhecidos como conceitos empíricos ou descritivos, são aqueles detectados pelos sentidos, perceptíveis de qualquer forma. Eles relacionam-se a objetos reais ou a situações da vida real. Vale ressaltar que, embora dentre as hipóteses de conceitos de experiência existam conceitos indeterminados, na maioria das vezes eles são determinados. São exemplos de conceitos de experiência indeterminados expressões como: doença incurável, produto poluente e projeto econômico.

Já o significado dos conceitos normativos em estrito senso não é simplesmente apreendido pelos sentidos ou pela percepção da vida real. Para a sua compreensão faz-se necessária uma conexão com o mundo do Direito. Vocábulos como casamento ou roubo, por exemplo, remetem às normas jurídicas que os regulam.

Os conceitos de valor, por outro lado, necessitam de um juízo valorativo para que sua significação seja preenchida. O seu conteúdo e o seu alcance só podem ser definidos através de uma valoração.

Existem certos conceitos indeterminados que quando confrontados com o caso concreto perdem a sua característica de imprecisão, por isso é imprescindível para a delimitação da sindicabilidade judicial em sua aplicação o enquadramento dos conceitos indeterminados (valorativos, normativos ou empíricos) em vinculados ou não vinculados.

Dentre os conceitos indeterminados, distinguem-se duas espécies: os conceitos vinculados e os não vinculados. Saliente-se, contudo, que os conceitos indeterminados não vinculados podem ser discricionários ou não.

A apreciação dos conceitos vinculados implica em uma única solução juridicamente possível. Posta diante do caso concreto a indeterminação do conceito desfaz-se, não podendo mais admitir-se outro significado que não o resultante do confronto do conceito vago com a realidade factual.

Os conceitos não vinculados são aqueles cuja aplicação nos remete a mais de uma solução, igualmente válidas e plausíveis perante o Direito.

Os conceitos indeterminados não vinculados e não discricionários são os conceitos de prognose, também denominados de conceitos-tipo ou conceitos verdadeiramente indeterminados. Eles demandam para a compreensão do seu sentido uma avaliação baseada em um juízo de probabilidade sobre um evento futuro.

Há ainda os conceitos não vinculados discricionários que, como bem definiu a Professora Germana de Oliveira Moraes (2004), serão aqueles que “[...] além de compreenderem a complementação do tipo aberto, encerrarem um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica”.

A aplicação de normas jurídicas com conceitos indeterminados, por conseguinte, tanto pode levar a uma única solução plausível no momento da incidência da norma sobre o caso concreto, como conduzir a incertezas quanto à adequação da hipótese normativa abstrata ao fato.

A doutrina alemã moderna, ao contrário, considera que os conceitos indeterminados só apresentam suas características corriqueiras, imprecisão e vagueza, quando analisados abstratamente. No momento de sua aplicação, o confronto com o caso concreto permitiria sempre que deles fosse extraído um único significado. O tema dos conceitos indeterminados foi transferido assim completamente para o domínio da vinculação legal,

ensejando o pleno controle do judiciário e transformando-se numa mera questão de interpretação.

Nem sempre, contudo, os conceitos indeterminados adquirem um único sentido diante do caso concreto, há casos em que, mesmo frente à situação fática, restam dúvidas sobre a aplicação do conceito. Algumas vezes será óbvia a constatação de que existe apenas uma medida cabível no momento da aplicação da lei, outras vezes não. Em inúmeras situações mais de uma solução seria razoavelmente admissível.

Os conceitos indeterminados possuem uma zona de certeza positiva, dentro da qual não há dúvidas quanto à utilização da palavra que os designam, e uma zona de certeza negativa, em que inexistem dúvidas sobre a sua não utilização. As dúvidas localizam-se nos espaços entre essas duas zonas.

## **2.5 Mérito administrativo**

O vocábulo *mérito* não tem sido bem compreendido no âmbito do Direito Administrativo devido à influência do Direito Processual. O problema reside no fato de esse mesmo vocábulo assumir concepções diversas nos campos administrativo e processual. Alexandre Freitas Câmara (2004) define de forma clara e concisa a acepção do mérito no Direito adjetivo:

Tem-se, pois, por mérito a pretensão processual, assim entendida a exigência do demandante no sentido de obter um atuar ou um fazer, ou, com mais precisão, a intenção manifestada pelo demandante de obtenção de um provimento capaz de lhe assegurar tutela jurisdicional.

No campo do Direito Administrativo o mérito também pode assumir a acepção de pretensão processual, pois nessa disciplina existe uma parte processual, o processo administrativo. No que tange ao ato administrativo, contudo, suas feições são completamente diferentes das que apresenta no direito adjetivo. Deve-se colocar de lado qualquer entendimento do mérito que provenha do âmbito processual, só assim será possível conceituá-lo segundo as características e peculiaridades de que se reveste no direito administrativo.

A doutrina relativa ao mérito do ato administrativo desenvolveu-se primordialmente no direito italiano, que o relacionou ao tema da discricionariedade, e muito influenciou os juristas brasileiros. No direito francês ou alemão não há menção ao mérito do ato administrativo, mas há referências quanto aos princípios da oportunidade e da conveniência.

As noções de mérito e discricionariedade não se confundem embora essa seja um pressuposto daquele. O mérito é o núcleo da discricionariedade, a máxima expressão da autonomia administrativa, insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

O mérito está presente no exercício da discricionariedade e mesmo depois de a atuação administrativa ter passado pelo controle de legalidade ainda assim o mérito estará sujeito a um dever geral de boa administração.

Os elementos vinculados do ato administrativo sofrem um controle de legalidade, que é entendido como uma averiguação da conformidade dos atos com as regras jurídicas. Os elementos discricionários do ato administrativo passam pelo controle da juridicidade em sentido estrito, devendo adequação aos princípios. Já o mérito do ato administrativo deve guiar-se por normas de boa administração que não estão positivadas no Direito, mas contribuem para a finalidade maior da norma jurídica, a satisfação do interesse público.

Trata o mérito, portanto, da valoração feita pela autoridade administrativa dos motivos e do conteúdo de um ato não especificados em lei, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) fornece inovadora conceituação do mérito administrativo:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

A norma só almeja à solução excelente e perfeita para cada caso, daí a razão de ser da discricionariedade. A autoridade administrativa não pode escolher qualquer das hipóteses abstratamente oferecidas pela lei, mas sim aquela que, diante da situação do mundo real, é a única cabível. Eis o porquê de a margem de discricionariedade proposta pela norma ser maior do que a resultante do confronto com o caso concreto.

### 3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS

#### 3.1 A Administração Pública

A Administração Pública pode ser definida objetivamente, segundo Alexandre de Moraes (2001), “[...] como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e, subjetivamente, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas ao qual a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.

A denominada função administrativa do Estado submete-se a um regime jurídico especial. Trata-se do denominado regime de direito público ou regime jurídico-administrativo. Suas características essenciais residem na idéia de que a execução da lei por agentes públicos exige o deferimento de necessárias prerrogativas à autoridade, permitindo a predominância do interesse público sobre o privado, e na formulação segundo a qual o interesse público não pode ser livremente utilizado por aqueles que, em nome da coletividade, recebem o dever-poder de realizá-los.

Consiste o regime jurídico da conjugação de dois princípios basilares: o princípio da supremacia dos interesses públicos e o da indisponibilidade dos interesses públicos. Nesse sentido, tem-se o posicionamento de José Eduardo Martins Cardozo (*apud* A. MORAES, 2001):

Estes são princípios gerais, necessariamente não positivados de forma expressa pelas normas constitucionais, mas que consistem nos alicerces jurídicos do exercício da função administrativa dos Estados. Todo o exercício da função administrativa, direta ou indiretamente, será sempre por eles influenciados e governados.



Tomando o conceito de Administração Pública como o conjunto de órgãos e pessoas destinado ao exercício da totalidade das ações estatais, a Constituição Federal do Brasil positivou os princípios gerais norteadores da execução de suas funções, considerando todos os entes que integram a Federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, os princípios inerentes à Administração Pública são aqueles expostos no art. 37 da Constituição vigente. Alguns, diga-se de pronto, foram positivados de forma expressa, outros de forma implícita ou tácita.

Segundo o conceito de José Cretella Júnior (1988 *apud* DI PIETRO, 2001), "[...] princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Conforme os ensinamentos do mesmo autor, os princípios classificam-se em: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais, monovalentes e setoriais. Onivalentes são os princípios comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente.

Plurivalentes são os princípios comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram, como, por exemplo, o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais, e o princípio do *alteram non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável tanto às ciências naturais, quanto às ciências jurídicas.

Monovalentes são os que se referem a um só campo do conhecimento, é o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei. Por último, princípios setoriais são aqueles que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência, por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho e o Direito Penal, etc.

Desse modo, o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de José Cretella Júnior.

No Direito Administrativo, os princípios possuem papel relevante, permitindo à Administração Pública e ao Poder Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Da relação antagônica entre a liberdade do indivíduo e autoridade da Administração decorrem dois princípios fundamentais: o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Eles não são específicos do Direito Administrativo, uma vez que informam todos os ramos do direito público, no entanto, são essenciais, pois a partir deles constroem-se todos os demais princípios.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência (art. 37, caput, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19).

O ordenamento jurídico (sistema de normas) está estruturado hierarquicamente em três escalões. No primeiro escalão, encontram-se as normas constitucionais. No segundo, as normas legais, nelas inclusas as normas contidas em leis e em medidas provisórias (com força de lei). No terceiro escalão, estão os atos administrativos, as decisões judiciais e os negócios jurídicos. As normas do degrau inferior tiram sua validade das normas imediatamente superiores.

No exercício da função administrativa, o agente público produz normas de terceiro escalão, mais especificamente os atos administrativos. Em sentido amplo, essa categoria inclui os regulamentos, em sentido estrito, ela abrange os atos de concretização das normas legais, em regra gerais e abstratas.

A função administrativa é conceituada, para Regis Fernandes de Oliveira (2001), da seguinte forma:

A atividade exercida pelo Estado ou por quem esteja fazendo suas vezes, como parte interessada numa relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico.

A noção corresponde à doutrina de tendência liberal, que distingue o interesse da sociedade do interesse do Estado e para a qual função administrativa é aquela exercida pelos agentes públicos dos três poderes, com vista à satisfação do interesse coletivo primário, que se sobrepõe ao interesse público secundário da organização estatal, bem como aos interesses privados, também secundários.

Adotada pela doutrina italiana, em especial Francesco Carnelutti, a expressão *interesse coletivo primário* foi introduzida no Direito Administrativo italiano por Renato Alessi (2003). Por dirigir-se à satisfação do *interesse coletivo primário*, o exercício da função administrativa corresponde a um poder-dever, na concepção de Alessi, ou a um dever-poder, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello.

No exercício da função administrativa, o agente público deve observar os princípios elencados no art. 37 da Constituição quais sejam, princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Além desses, a Constituição federal de 1988 prevê os princípios da isonomia (art. 5º e inciso I) e da economicidade (art. 70).

### **3.2 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade decorre da estrutura hierárquica das normas jurídicas. O ato administrativo retira a sua validade das normas legais de escalão imediatamente superior. Se faltar esse fundamento será reconhecida a sua invalidade, podendo o ato viciado ser anulado por via administrativa ou judicial.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer aquilo permitido por lei. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a idéia defendida por Hely Lopes Meirelles (2004) ao citar o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

No direito positivo brasileiro, esse princípio, além de referido no artigo 37 da Constituição Federal, está também contido em seu artigo 5º, inciso II, o qual, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A observância do referido princípio constitucional é garantida também por meio do inciso XXXV do mesmo dispositivo, em decorrência do qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão, ainda que a mesma decorra de ato da Administração. A Constituição federal ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

O principal objetivo do princípio da legalidade, portanto, é submeter as autoridades públicas a um quadro normativo, impedindo, dessa forma, a prática de favoritismos, perseguições a inimigos ou descaso com a coisa pública. Através dele garante-se que a atuação do Poder Executivo visará somente à consecução das finalidades públicas estabelecidas em lei.

### **3.3 Princípio da impessoalidade**

Se o interesse da organização estatal é secundário, o interesse da pessoa que, na qualidade de agente público, exerce a função administrativa é irrelevante. Daí a impessoalidade ser aquilo que não pode ser voltado em especial a determinadas pessoas.

Este princípio, que aparece pela primeira vez, com essa denominação, no art. 37 da Constituição de 1988, dá margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido muito visado pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar a sua observância em relação aos administrados como à própria Administração.

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. A Administração Pública não pode atuar com

vistas a prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, uma vez que é sempre o interesse público o fim buscado em seus comportamentos.

Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição federal, referente aos precatórios judiciais, o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

No segundo sentido, o princípio significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública. Ele é, portanto, o autor institucional do ato. É apenas o órgão que formalmente manifesta a fonte estatal. As realizações governamentais não são do funcionário ou da autoridade, mas da entidade pública em nome da qual foi praticado o ato. A própria Constituição impede a promoção pessoal das autoridades públicas, quando, em seu artigo 37, § 1º, proíbe que constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

É oportuno lembrar ainda que a Lei nº. 9.784/99, em seus artigos 18, 19, 20 e 21, contém normas sobre o impedimento e a suspeição, que se revelam também como uma aplicação do princípio da impessoalidade e do princípio da moralidade. Do mesmo modo que nas ações judiciais existem hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz, também no processo administrativo essas hipóteses criam presunção de parcialidade da autoridade que decidir sem declarar a existência das causas de impedimento ou suspeição.

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstenendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

O administrador, portanto, é um executor do ato, o qual serve de veículo para a manifestação da vontade estatal, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual ele atuou.

### **3.4 Princípio da moralidade**

A moralidade é pressuposto fundamental para o exercício adequado da função administrativa. A dificuldade quanto à observação desse princípio reside na subjetividade do conceito de moralidade. Não há parâmetros jurídicos objetivos para distinguir-se o que é moral e o que é imoral.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade ou a idéia comum de honestidade, haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A distinção entre moral e direito é antiga, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Lícitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, uma aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto) (DI PIETRO, 2006).

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular, artigo 5º, incisoLXXIII, da Constituição, *in verbis*:

Art. 5º. [...]LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

E implicitamente pelos já referidos artigos 15, V; 37, § 4º; 85, V. Este último considera a improbidade administrativa como crime de responsabilidade. Conforme lê-se:

Art. 15 - É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. [...]§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]V - a probidade na administração.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da lei, deve ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Como ressalta Hely Lopes Meirelles (2004), “não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

A moral foi introduzida no direito administrativo pela teoria do desvio de poder, embora o direito privado já houvesse há muito adotado a moral através da teoria do abuso de poder. A moral deve ser analisada de acordo com os fins objetivados pela pessoa. Para a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2001):

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal, analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando (STF - 2ª T. – Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030):

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (*El principio de buena fe en el derecho administrativo*. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.

A Constituição federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como *vetor* da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à



moralidade e de responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral*. Anota Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1974 *apud* MORAES, 2001):

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria *moral* não é nenhum problema especial para a teoria *legal*. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário negar aquele *mínimo ético* mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, compreendendo a legalidade ou legitimidade não só como a conformação do ato à lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

O princípio da moralidade está intimamente ligado à idéia de probidade, dever inerente ao administrador público. Como recorda Maurício Ribeiro Lopes (1993), "o velho e esquecido conceito do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais".

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados *atos de improbidade*, previstos pelo artigo 37, § 4º da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei nº. 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

### 3.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade advém da necessária transparência dos atos administrativos no Estado Democrático de Direito. O sigilo, de acordo com a Constituição federal, somente é justificável nos casos em que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. De acordo com artigo 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Elas estão dispostas no artigo 5º, incisos XXXIII e LX.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Um ato torna-se público no momento de sua inserção no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos. Somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se a interposição dos cabíveis recursos administrativos e das ações judiciais próprias.

A regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade.

### 3.6 Princípio da eficiência

O conteúdo do princípio da eficiência é tão fluido que torna difícil o seu controle. Ele é uma faceta de um princípio mais amplo: o princípio da boa administração.

Apesar das construções doutrinárias muito bem elaboradas sobre a singularidade do princípio da eficiência no Direito Administrativo, não se tem como dissociá-lo do conceito de eficiência, referindo-se a qualidade do serviço prestado. O agente público, no exercício da função administrativa, tem o dever de utilizar todos os meios legais de que dispõe para atingir o resultado almejado pelo legislador.

Essa busca pela máxima eficiência da atividade administrativa, no entanto, não pode implicar em um atropelo do princípio da legalidade. A eficiência da atuação administrativa deve manter-se dentro dos limites estabelecidos pela.

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto conseqüências jurídicas que instituem, reciprocamente, direitos e deveres para a população, traduzindo uma relação jurídica harmônica entre a Administração Pública e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações para o Estado e o indivíduo e, conseqüentemente, esse, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível.

Como salienta José Roberto Dromi (1997 *apud* A. MORAES, 2001), o “[...] reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do *imperium* jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico [...]”.

A inserção desse princípio no rol da Constituição federal que trata dos princípios constitucionais dirigidos à Administração pública demonstra a insatisfação da sociedade diante da falta de instrumentos jurídicos para lutar contra a deficiência dos serviços prestados pelo Estado.

Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas

competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos. Note-se que não trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) realça a existência de duas facetas distintas do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Ressalte-se a interligação do princípio da eficiência com os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo (1995), “[...] deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública [...]”.

A Mensagem Presidencial nº. 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional nº. 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional nº. 19, trazia em sua exposição de motivos pretensões como incorporar a dimensão da eficiência na Administração Pública. O aparelho estatal deverá estar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte e enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

A idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da administração pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista implicitamente em todos os ordenamentos jurídicos.

Exemplificativamente, pode-se citar como previsões expressas o artigo 19 da Constituição da Noruega, estabelecida em 17 de maio de 1814, com as alterações até 5 de maio de 1980, em que se verifica que o Rei velará pela utilização e administração das propriedades e prerrogativas do Estado, conforme convenha ao bem comum. E o art. 100 da Constituição Política da República do Chile, em que a administração superior de cada região terá por objetivo o desenvolvimento social, cultural e econômico da região (A. MORAES, 2001).

Buscando a eficiência no serviço público realizado, a Emenda Constitucional nº. 19/98 alterou a redação do artigo 241, permitindo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinem por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Emenda Constitucional nº. 45, de 8.12.2004, também conhecida como reforma do judiciário, acrescentou ao artigo 5º da Constituição federal o inciso LXXVIII, estipulando que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

## **4 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

### **4.1 Teoria do desvio de poder**

A teoria do desvio de poder foi criada pelo Conselho de Estado francês na segunda metade do século XIX, sua origem, pois, é jurisprudencial, e objetivava pôr fim aos abusos cometidos pelos governantes e agentes públicos.

Para que a atividade administrativa seja fiel aos princípios do Estado de Direito e ao texto constitucional brasileiro, deve seguir rigorosamente os meios prescritos em lei para o alcance dos fins também previamente traçados pela legislação. O desvio de poder é, segundo definição de José Cretella Júnior (1964), “o uso indevido, que a autoridade administrativa faz do poder que lhe é conferido, para atingir finalidade, pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara”.

A legalidade de um ato é ferida quando ocorrem vícios na sua formação, o que se dá, entre outros casos, quando uma autoridade administrativa exerce seus poderes para atingir uma finalidade diversa daquela estipulada em lei. Verifica-se, então, o desvio de poder como uma espécie de abuso de direito na esfera pública. Vício que encontra guarida precisamente no exercício de competência discricionária pelo agente público.

O agente administrativo faz uso de seus poderes de modo a alcançar resultado diferente daquele para o qual o legislador conferiu-lhe competência. É um comportamento que se afasta do fim legal, transgredindo a lei, e, por isso, deve ser anulado.

Diante de uma situação clara de desvio de poder, o controle feito pelo Poder Judiciário é um controle de legalidade. Não se pode argumentar, portanto, que esse controle

fere a margem de liberdade da Administração Pública, uma vez que os poderes administrativos, nas palavras de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández (1991), “[...] não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o qual afastar-se do mesmo obstrui a fonte de sua legitimidade”.

A ocorrência de uma situação em que houve desvio de poder pressupõe uma autoridade com competência para prover sobre a matéria objeto do ato. Caso o agente administrativo, mesmo abstratamente, não possuísse competência para expedir determinado ato, incorreria em outro tipo de vício, a incompetência formal.

O Estado de Direito garante aos cidadãos não só que a Administração Pública apenas buscará as finalidades estabelecidas por lei, como também que, ao persegui-las, ficará restrita à utilização dos meios previstos no Direito como adequados para tanto. Assim, os administrados têm de gozar da segurança de que tanto os fins públicos quanto as vias para o seu alcance estão prescritos em lei.

O vício de desvio de poder manifesta-se geralmente sob duas formas. Na primeira, a autoridade administrativa usa a sua competência para atingir uma finalidade completamente desgarrada de qualquer interesse público, visando a algum interesse pessoal, como perseguir inimigos, favorecer parentes e amigos ou obter vantagem financeira. Na segunda, o administrador utiliza sua competência com o intuito de alcançar um interesse público, mas não o interesse para o qual foi designada sua competência.

Na segunda forma, quer o administrador tenha agido de má fé ou não, irá incorrer em qualquer circunstância no desvio de poder. Pode ocorrer que o administrador incida em erro de Direito ao supor que a competência utilizada fosse a adequada para atingir o fim pretendido.

Também pode ocorrer que o agente administrativo não busque interesses pessoais, mas faça uso de seus poderes administrativos para alcançar interesse público diverso daquele especificado na lei que lhe atribuiu competência com o objetivo de desembaraçar-se de entraves legais, tornar mais célere a ação administrativa, enfim, o administrador

conscientemente escolhe adotar providência que, embora lícita, não é a prescrita pelo legislador.

No desvio de poder praticado com fins completamente desvinculados do interesse público, o agente administrativo busca objetivos inconfessáveis. Usa como disfarce uma aparência exterior de lisura. Por esconder seus motivos torpes sob uma capa de legalidade, é difícil o reconhecimento dos casos em que o administrador incide no vício de desvio de poder. O juiz deverá vasculhar a fundo as intenções do agente para decidir sobre a ocorrência do desvio de poder.

Ciente de que suas ações são movidas por interesses particulares, o agente administrativo atuará com toda a cautela para não ser descoberto, dificultando o reconhecimento da má intenção e a sua comprovação.

Exatamente por ser árdua a tarefa de provar a existência de desvio de poder, a exigência probatória para esses casos não pode ser demasiadamente rígida, pois tornaria impossível o controle jurisdicional desse vício.

A prova do desvio de poder requer a análise das circunstâncias que envolvem o ato, como a conduta pregressa do agente, o posicionamento habitual da Administração em casos similares, a inexatidão dos motivos alegados.

O Poder Judiciário não pode esmorecer diante das dificuldades de comprovação do desvio de poder e do medo de invadir o mérito do ato administrativo, caso contrário os administrados ficarão sujeitos às violações do Direito cometidas por agentes administrativos ímprobos.

#### **4.2 Teoria dos motivos determinantes**

A teoria dos motivos determinantes estabelece que quando os atos administrativos tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos. A prática do ato é justificada por tais motivos e, por isso, eles devem refletir exatamente a realidade, sob pena de arbítrio. Até mesmo quando o legislador não indicar os motivos, hipótese de ato



discricionário, a realização do ato ficará a eles vinculada, desde que expressamente declarados pela Administração Pública. Se houver um descompasso entre os motivos determinantes e a realidade, o ato será inválido.

Assim, o controle jurisdicional é possível tanto nas hipóteses em que a lei define os motivos determinantes da prática do ato (ato vinculado) quanto nas hipóteses em que a lei não se pronuncia acerca dos motivos (ato discricionário), mas o agente administrativo os declara.

Os atos administrativos para serem válidos têm de seguir certos requisitos. Dentre eles, destaca-se a necessidade de que a conduta administrativa esteja em sintonia com os pressupostos fáticos que a lei estabeleceu para a ocorrência do ato. Se os motivos expostos na lei não se concretizarem, o administrador não poderá fazer uso de suas prerrogativas de função para expedir o ato, impossibilitando o alcance da finalidade legal. Nota-se, pois, a estreita relação que liga o motivo à finalidade.

Motivo é a situação de direito ou de fato que enseja a prática do ato, o suporte fático da decisão. O motivo legal é a previsão abstrata da situação fática expressa na norma jurídica e o motivo de fato é a própria situação fática determinante da prática do ato. Para que o ato administrativo tenha validade, o motivo de fato deve corresponder precisamente ao motivo de direito.

Os motivos precedem a edição do ato, criando as condições para a sua realização. A existência material dos fatos ocorridos não se confunde com a valoração ou ponderação dos motivos. A inexistência do motivo ou a má compreensão dele por parte do administrador implicarão na nulidade do ato. O exame dos fatos torna-se fundamental, porque o motivo do ato administrativo fornecerá, posteriormente, os elementos para a apreciação da decisão tomada.

Não se confundem os motivos do ato administrativo com os móveis do agente. Enquanto os motivos são as circunstâncias objetivas de fato e de direito que determinam a edição do ato administrativo, ou seja, são a razão de ser do ato, os móveis do agente são a intenção da autoridade, o dado subjetivo que impulsiona a sua atuação.

Diante de um ato administrativo deve-se verificar se os motivos fixados na lei ou alegados pelo administrador para a prática do ato faticamente existiram. Tem de haver a completa subsunção dos motivos de fato aos motivos de direito, em outras palavras, os eventos ocorridos no mundo real precisam corresponder aos fatos estipulados por lei. Apenas dessa forma seria garantida a legalidade do ato. O controle jurisdicional dos atos administrativos alcança, por conseguinte, o exame dos motivos.

Essa verificação é simples e objetiva quando o legislador utiliza conceitos precisos e determinados para caracterizar o motivo. Há casos, contudo, em que a lei procede a essa caracterização através de conceitos indeterminados, dificultando o exame da correspondência entre a previsão legal e a situação fática. O poder judiciário terá então de realizar a qualificação dos fatos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), ao Judiciário caberá:

Verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.

As expressões vagas e imprecisas possuem um campo significativo sobre o qual não paira nenhuma dúvida a respeito da aplicação da palavra, a zona de certeza positiva, e outro campo em que fica clara a exclusão de sua aplicação, a zona de certeza negativa. Desse modo, em inúmeros casos será óbvio que uma situação é urgente ou que seguramente não é. Haverá, porém, uma zona intermediária em que as dúvidas não se dissiparão.

Nesse campo, no qual são admissíveis inteligências diferentes, mas igualmente razoáveis, localiza-se a discricionariedade. A perquirição do cabimento ou não de mais de uma inteligência adequa-se perfeitamente ao exame de legalidade.

Até mesmo quando a lei não expuser explicitamente os motivos, o seu reconhecimento será possível mediante a análise da finalidade a que visa a lei e do caráter da competência estipulada. Não se pode conceber que a Administração Pública pratique um ato sem motivo algum.

Distingui-se o motivo da motivação. O motivo é o pressuposto de fato ou de direito que determina a prática do ato e a motivação é a exposição formal do motivo. A principal função da motivação é permitir o controle da regularidade do ato. A Administração Pública pode omitir-se em motivar os atos administrativos quando não houver norma legal expressa nesse sentido, no entanto a expedição de atos sem motivação não se harmoniza com os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A motivação do ato é imprescindível exatamente nos casos em que o agente administrativo dispõe de certa discricionariedade, pois é de senso comum a falibilidade humana. Só é possível a averiguação da conformidade do ato com a finalidade pública prevista na lei em atos administrativos motivados, daí a sua função garantidora dos direitos dos administrados.

### **4.3 A proporcionalidade e a razoabilidade**

As noções de razoabilidade e proporcionalidade são inerentes ao conceito de Direito. É inimaginável uma forma de conduta prescrita pelo Direito que não seja justa, racional, sensata, razoável e proporcional. Da intuição da razoabilidade e da proporcionalidade, foram extraídos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como formas de proteger os cidadãos contra os arbítrios cometidos pelo Poder Público.

Apesar da origem distinta, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade referem-se a coisas similares. Essa semelhança reside no fato de ambos estabelecerem um parâmetro de valoração dos atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo de forma a averiguar se eles são justos.

Identificam-se na doutrina os seguintes posicionamentos acerca da igualdade ou não desses dois princípios: há aqueles que os separam de forma clara, os que compreendem os dois como sendo uma só coisa, os que entendem o princípio da proporcionalidade como uma faceta do princípio da razoabilidade e os que interpretam o princípio da razoabilidade como uma parte constituinte do princípio da proporcionalidade.

Não obstante a origem distinta desses dois princípios, a jurisprudência e a maior parte da doutrina tendem a empregá-los como sinônimos. A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006) põe fim à querela ao lembrar que os dois princípios prestam-se ao mesmo objetivo:

Ver-se-á que, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei.

O princípio da proporcionalidade originou-se no Direito alemão a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais, migrando do Direito Administrativo para o Direito Constitucional. Embora tenha a dimensão de um princípio constitucional, a principal fonte do princípio da proporcionalidade nos países europeus é a jurisprudência, já que poucos foram os ordenamentos jurídicos que o positivaram.

A Constituição portuguesa de 1976 acolheu expressamente o princípio da proporcionalidade em seu artigo 226º ao instituir que os órgãos e agentes administrativos ao exercerem suas funções devem respeito aos princípios da igualdade, proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

A doutrina alemã aponta a existência de três elementos indispensáveis para a caracterização da proporcionalidade: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segundo o Professor Willis Santiago Guerra Filho (1997) pode-se dizer que “uma medida é adequada, se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível, e finalmente, proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

O princípio da proporcionalidade, também intitulado de *proibição de excesso*, dirigido não só ao administrador, mas também ao legislador, pretende coibir o uso arbitrário das competências de modo a garantir os direitos fundamentais dos membros de uma sociedade. Visa, portanto, a equilibrar o conflito entre o direito dos cidadãos à liberdade e o interesse público, que muitas vezes importa em limitações à liberdade dos indivíduos.

Para o professor Paulo Bonavides (1997), o princípio da proporcionalidade é o fundamento de um novo Estado de Direito, com a conseqüente decadência do antigo Estado de Direito, o qual se guiava pelo princípio da legalidade. Em suas palavras:

O princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

O princípio da razoabilidade, ao contrário, tem origem anglo-saxônica. A sua procedência e evolução estão ligadas ao princípio do devido processo legal. Como o devido processo legal remonta à cláusula *law of the land* da Magna Carta de 1215 do rei inglês João “Sem Terra”, esse é também o ponto de origem do princípio da razoabilidade.

Em seu artigo 39, a Magna Carta de 1215 instituía que nenhum homem poderia ser preso, detido em prisão, privado de suas terras, posto fora da lei, banido ou de qualquer forma molestado senão por julgamento legítimo de seus pares segundo a lei da terra.

Muitas das colônias inglesas da América do Norte adotaram a mesma cláusula em suas declarações de direitos, a qual evoluiu para o princípio do *due process of law*, positivado na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos da América o princípio do devido processo legal, que inicialmente relacionava-se apenas à matéria processual, assumiu um cunho substantivo, vinculado ao princípio da igualdade. Dessa forma, o princípio do devido processo legal passou a ser utilizado como instrumento de controle judicial dos atos normativos expedidos tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Poder Legislativo. O exame da razoabilidade dos atos administrativos frente à lei e da lei em face da Constituição tornou-se uma garantia de preservação dos direitos dos cidadãos, não sendo mais suficiente apenas a expedição de um ato formalmente perfeito.

O princípio da razoabilidade não alcançou a mesma evolução que a verificada no Direito estrangeiro, embora o Supremo Tribunal Federal tenha adotado explicitamente o

termo princípio da razoabilidade em alguns acórdãos e tenha uniformizado jurisprudência (Súmulas 70, 323 e 547) impedindo o exercício do poder de sanção de forma irrazoável, mesmo que fundado em lei.

Os magistrados brasileiros, no entanto, geralmente preferem fazer uso da teoria francesa do desvio de poder na ausência de posituação expressa do princípio da razoabilidade na Constituição brasileira.

O princípio da razoabilidade, segundo a Professora Germana Moraes de Oliveira (2004), tem dupla acepção:

Ora significando a referência à tomada em consideração, pela autoridade decisória, de elementos impertinentes, ou ao esquecimento de outros elementos pertinentes, ora compreendendo a proibição de conduta que contrarie de forma manifesta, o senso comum.

Embora a Constituição Federal de 1988 não faça menção explícita ao princípio da razoabilidade, ele estava incluído no projeto da Constituição entre os princípios que resultaram no artigo 37.

A Constituição do Estado de São Paulo adotou esse princípio de forma expressa em seu artigo 111, juntamente com outros a que deve observância a Administração Pública direta e indireta.

Na legislação infraconstitucional, a Lei Federal nº. 9.784 também faz referência implícita ao princípio da razoabilidade em seu artigo 2º, o qual trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O princípio da razoabilidade impõe-se como um limite tanto à discricionariedade do administrador quanto à do legislador. O Poder Judiciário recorre a ele para declarar a invalidade de atos administrativos e a inconstitucionalidade de leis. A Administração, para exercer validamente a discricção conferida por lei, terá de seguir padrões de conduta aceitáveis do ponto de vista racional, agindo conforme o senso habitual de pessoas honestas e equilibradas, sempre respeitando o fim público que ensejou a outorga da competência.

## 5 CONCLUSÃO

A evolução do conceito de Estado de Direito é sempre acompanhada de transformações tanto no princípio da legalidade quanto na discricionariedade administrativa. O conteúdo do princípio da legalidade aumentou, uma vez que agora ele engloba todo o Direito, dentro do qual estão contidos os princípios e as regras jurídicas. A discricionariedade administrativa também sofreu alterações, ela não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas sim a liberdade de atuação limitada pelo Direito. Assim, o administrador ao exercer sua competência discricionária, sujeita-se não só aos limites estabelecidos na lei, como aos princípios constitucionais da Administração Pública e aos princípios gerais de Direito.

O reconhecimento de que não existem atos administrativos completamente discricionários implica na decadência da clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários. Classificam-se como discricionários somente certos aspectos ou elementos do ato administrativo. Alguns desses aspectos são imunes ao controle jurisdicional, pois o Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem através das regras, nem por meio dos princípios, daí a impossibilidade de revisão judicial do mérito do ato administrativo.

Ao conferir discricionariedade à Administração Pública, o legislador pretende que o administrador escolha a opção ótima para o caso concreto em exame. Não se pode imaginar, portanto, que o administrador escolha qualquer das opções oferecidas pela lei, mas sim aquela mais adequada para atingir a finalidade legal diante da situação da vida real.

Várias teorias e princípios estrangeiros de origem pretoriana foram incorporados pela doutrina pátria do Direito administrativo, alguns foram até consagrados pelo Direito positivo brasileiro, como formas de limite à discricionariedade administrativa. Destacam-se: a teoria

do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

Diante dessa nova forma de avaliação da atividade administrativa, a lei é apenas um dos instrumentos de controle da Administração Pública. Os princípios, em especial os da proporcionalidade e da razoabilidade, oferecerão melhores parâmetros de controle da atividade administrativa, o controle de juridicidade, pois eles possuem uma posição de superioridade e hegemonia na pirâmide normativa.

Os princípios gerais de direito, estejam eles implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico brasileiro, somados aos princípios constitucionais da Administração Pública têm como escopo, portanto, limitar a discricionariedade administrativa, nortear a tarefa do legislador e aumentar a ação do poder judiciário.



## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 259 - 362.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 229.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 100.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 32.

\_\_\_\_\_. **Do desvio de poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 27.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 77.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 40 - 191.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 393 – 402.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.71.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade” in **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 28.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 57.

MACEDO, Dimas. **Política e constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82 - 114.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15 - 92.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56 - 307.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 30 - 139.

MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.